Numéro 3

Chères lectrices, chers lecteurs,

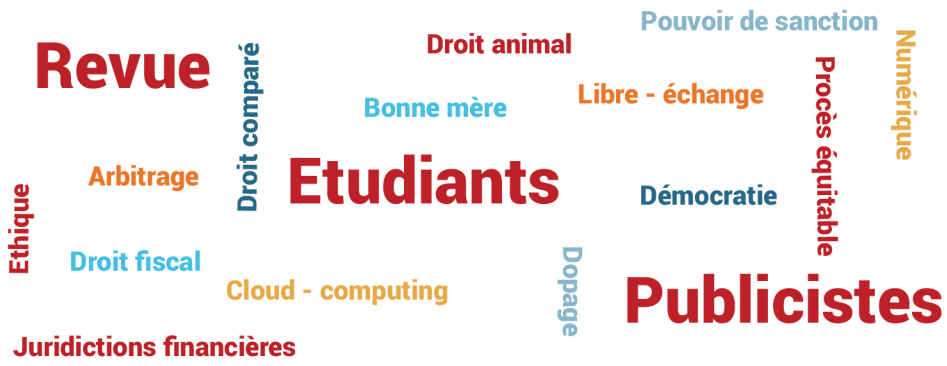
Ce troisième numéro de la Revue des Etudiants Publicistes (REP) coïncide avec la rentrée universitaire, période propice aux nouveaux projets, quelque soit notre place dans la communauté universitaire. Aussi, l'Association des Etudiants Publicistes (AEP) profite de cette occasion pour vous souhaiter une bonne année.

En cette nouvelle année, la REP procède également à sa mue. Après un format relativement scolaire, elle cède la place à une mise en forme plus proche de celle d'une revue, pour un plus grand confort de lecture nous l'espérons. Il s'agissait également pour nous de nous préparer à une diffusion papier que nous appelons de nos voeux.

Enfin, ce début d'année est également synonyme de renouveau pour l'AEP puisqu'une nouvelle génération d'étudiants motivés vient renforcer ses rangs. Ainsi, notre assemblée générale annuelle se déroulera-t-elle le mois prochain et permettra le renouvellement de notre bureau.

A celles et ceux de nos lecteurs, étudiants et jeunes chercheurs, qui souhaiteraient rejoindre les rangs de nos contributeurs, vous pouvez désormais prendre contact avec l'équipe de rédaction à l'adresse: revue.aepfjm@gmail.com

Bonne lecture



Sommaire

La démocratie à l'aune du droit comparé: approche des modèles français et costaricien

page 2

Ricardo Andres Salas Rivera

Le cloud computing : le nouveau défi de l'Union Européenne

page 5

Nawfel Medhi Sekfali

Etre une bonne mère: mode d'emploi II

page 8

Pierre - Valéry Astier

Le procès équitable devant les juridictions financières : l'impact de l'arrêt *Martinie*

page 11

Léo Genty

L'arbitrage d'investissement dans l'Accord économique et commercial global

page 13

Vincent Bassani

La place des fédérations sportives et de l'AFLD dans la lutte contre le dopage

page 16

Benjamin Mittet-Brême

L'ensemble des travaux présentés ici sont la propriété de leurs auteurs et n'engagent que eux.

Association des Etudiants Publicistes

-

Faculté Jean Monnet

La Démocratie à l'aune du droit comparé: Approche des modèles français et costaricien

Il est commun de faire coïncider la « naissance » du droit comparé avec la réunion du I[er] *Congrès International de Droit Comparé*[1]. Il s'agit donc d'une discipline[2] sensiblement jeune, et bien souvent, mal comprise. En effet, faire du droit comparé est une tentation à la juxtaposition d'idées, c'est-à-dire à la présentation sommaire de plusieurs droits nationaux, sans se risquer à l'analyse – si toutefois il est possible d'analyser des données de droit comparé - et au mimétisme, en d'autres termes, la volonté de transposer un système juridique issu d'un ordre juridique A dans un ordre juridique B, sans pour autant prendre en compte les spécificités de chacun des ordres juridiques étudiés. PFERSMANN dira que « *après quelques grandes tentatives visant à constituer un corps de doctrine et une méthodologie pour cette étrange discipline, on constatera qu'elle progresse toujours de manière parfaitement chaotique et que peu de comparatistes s'accordent sur la nature même de leur objet* »[3] (Ibid.).

Alors, pourquoi utiliser le droit comparé ? La réponse « facile » est de dire qu'il est important de connaître les autres pour se connaître soi-même. Mais la motivation qui encourage cette contribution est un peu plus complexe. En effet, l'étude sur place d'un droit étranger, le droit costaricien, a fait émerger une série de questionnement, notamment en relation avec le droit électoral outre-Atlantique. Pourquoi d'un côté de l'Atlantique le droit électoral est une discipline à part entière, alors que de l'autre, elle est reléguée à une composante du droit constitutionnel, du droit administratif, du droit pénal ? Cela peut-il avoir un impact sur la conception de la Démocratie ? Le droit électoral a-t-il un rôle à jouer dans nos sociétés ?

Quant à l'opportunité de comparer la France et le Costa Rica, plusieurs éléments vont en faveur d'une telle démarche. Bien que diamétralement opposés en termes de superficie et de population, les deux pays ont une tradition constitutionnelle qui est apparue sensiblement à la même époque. En effet, le Costa Rica connait actuellement sa Seconde République, avec un parlement monocaméral, et a eu quinze constitutions depuis son indépendance de la couronne d'Espagne en 1812. La France est régie par la Constitution de sa cinquième République, avec un parlement bicaméral, et, depuis 1791, a été sous l'empire de quinze constitutions. Les deux pays connaissent aussi un calendrier électoral similaire, avec des élections présidentielles, parlementaires et locales. Il s'agit donc de deux démocraties avec des points communs, mais qui s'inscrivent dans deux contextes, géographique (A) et historique (B), différents (I), ce qui donne des pistes de réflexions quant à la divergence paradigmatique en ce qui concerne le droit électoral (II), notamment en matière de justice électorale (A) et de rapport du droit électoral avec les autres droits (B).

I. Des démocraties intégrées dans l'espace et dans le temps

L'intérêt est ici de montrer que ces deux modèles sont le fruit de facteurs extérieurs (A), mais également façonnés de l'intérieur (B).

A. Des démocraties intégrées dans leur région

Parler de la France sans faire référence à l'Union Européenne serait une grossière erreur, qui fausserait l'ensemble des développements, tant l'intégration européenne tient une place importante dans la construction de la France de ces dernières années. Et notamment en matière électorale. La création de la citoyenneté européenne en 1992, et donc, la possibilité pour un non national – mais européen – d'exercer son droit de suffrage actif et passif lors des élections municipales est venu chambouler[4] la conception française transcrite dans la version initiale de l'article 3 de la Constitution de 1958[5], qui réservait le droit de vote aux seuls nationaux français.

En plus de l'Union Européenne, il faut mentionner le Conseil de l'Europe, qui joue un rôle prépondérant en matière de protection des droits de l'Homme, avec son organe juridictionnel, la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui a une jurisprudence, découlant notamment de l'article 3 du Protocole n°1, florissante en la matière. Mais la Cour de Strasbourg n'est pas le seul organe du Conseil de l'Europe à avoir une influence dans la sphère électorale. En effet, depuis 1990, la Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit, ou Commission de Venise, aide les États membres du Conseil de l'Europe à « *mettre leurs structures juridiques et institutionnelles en conformité avec les normes et l'expérience internationales en matière de démocratie, de droit de l'Homme et de prééminence du droit* »[6].

Le Costa Rica connaît une intégration régionale moins prononcée, car les différentes tentatives centraméricaines se sont superposées et n'ont donné qu'un mille-feuille institutionnel dénué de toute effectivité. Subsiste cependant l'homologue du Conseil de l'Europe de l'autre côté de l'Atlantique, l'Organisation des Etats Américains, dont dépendent la Commission et la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Au-delà de la jurisprudence du système interaméricain de protection des droits de l'Homme, il existe un outil qui œuvre à l'homogénéisation

1 - Congrès International de Droit Comparé, Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Procès-verbaux des séances et documents, LGDJ, 1905

2 - PFERSMANN (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », RIDC, 2001, n°2, volume 53, p. 277

3 - Ibid

4 - CC, 92-312 DC, Traité sur l'Union Européenne

5 - http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19581005&pageDebut=09151&pageFin=09173&pageCourante=09152

6 - http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01_Presentation]

de la pratique démocratique sur l'ensemble du continent américain, la Charte Démocratique Interaméricaine du 11 septembre 2001. Celle-ci prévoit plusieurs hypothèses dans lesquelles l'ordre démocratique est mis à mal, justifiant une intervention directe des instances de l'Organisation. Cependant, comme l'ensemble du système interaméricain, cette Charte est avant tout une déclaration d'intention et reste lettre morte. Cependant, le débat n'est pas à l'effectivité des mécanismes de protection des droits de l'Homme.

B. Des démocraties forgées par l'Histoire

A l'intégration géographique, il semble essentiel d'ajouter l'apport de l'Histoire propre à chacun des deux Etats dans la construction de leur paradigme relatif au droit électoral.

Le Costa Rica fut une colonie espagnole jusqu'en 1812. Depuis lors, ce petit pays centraméricain a connu une stabilité démocratique qu'aucun autre pays de la région n'a vécue. Mora Chinchilla explique que l'activité électorale au Costa Rica a commencé très tôt, avec les élections des députés pour les *Cortes de Cadiz*[7].

Des évènements comme ceux du 7 novembre 1889, ont inscrit dans la conscience populaire l'importance de la pureté du scrutin, idée développée par Ricardo Jiménez Oreamonu. Il n'est pas pensable que le vote soit vicié, de quelque forme que ce soit. Aussi, par essence, l'électeur est considéré comme malintentionné, animé par l'envie de fausser le résultat en faveur du candidat pour lequel il a une préférence. C'est pourquoi il est apparu nécessaire d'ériger des garde-fous, et le Tribunal Suprême des Elections en est l'illustration la plus éloquente. Cette institution est mal née car son ancêtre, le Tribunal National Electoral est celui qui n'a pas su empêcher la guerre civile de 1948, qui débouchera sur la Constitution qui est encore en vigueur aujourd'hui. Cependant, à y regarder de plus près, le Tribunal National Electoral a posé les jalons d'une institution forte, qui se veut garante de la pureté du vote. En effet, le Magistrat-Président Max Koberg Bolandi, dans la décision qui promulguait les résultats de l'élection présidentielle qui était à l'origine des tensions, a émis un vote séparé de ses autres collègues magistrats, dans lequel il dit ne pas pouvoir valider les résultats du fait que le Tribunal n'a pas été en mesure de comptabiliser l'ensemble des voix, faute de temps et surtout, à cause d'un incendie criminel d'un local où étaient stockés 90% des bulletins de vote. Cette prise de position n'a pas été retenue dans l'Histoire du Costa Rica, et ce qui en ressort est que le Tribunal a validé une élection salie par des manœuvres frauduleuses.

En France, l'électeur n'est pas considéré comme fraudeur inné, sinon comme étant investi d'une part de la souveraineté nationale, et donc, par essence, juste et dénué de mauvaises intentions. Une piste pour expliquer cela pourrait être la naissance même de la République. Non pas comme un idéal comme le fut la Première République, mais comme une réalité, comme le fut la Seconde République, avec le coup d'état de Louis Napoléon Bonaparte, le 2 décembre 1851, qui a vu le rétablissement du suffrage universel – masculin – et le futur Napoléon III se voit légitimé par un plébiscite. À ce moment-là apparaît la dichotomie entre la légitimité constitutionnelle et la légitimité démocratique, celle que permet le suffrage universel, et qui, dès lors, verra la légitimité issue directement du Peuple comme supérieure à la lettre constitutionnelle, et surtout, comme légitimité suprême. Ainsi, le Peuple est celui qui détient le pouvoir de faire et de défaire les décideurs, c'est du moins ce qui ressort de l'étude de ce coup d'état démocratique.
Ces quelques éléments très sommaires sur l'influence des données géographiques et historiques sur la construction du paradigme dominant dans chacun des deux pays permettent d'étudier comment le Droit appréhende le droit électoral en France et au Costa Rica.

II. Des démocraties divergentes quant à la traduction juridique des différences conceptuelles relatives au droit électoral

La France et le Costa Rica connaissent deux organisations différentes, notamment en matière de justice électorale (A), conduisant à questionner la place du droit électoral dans chaque ordre juridique (B).

A. L'importance de l'élection à travers la justice électorale

L'élément observé, qui motive cette contribution, est l'étude d'une institution, le Tribunal Suprême des Elections du Costa Rica. En effet, cette juridiction semble être la traduction la plus concrète de la divergence de conception du droit électoral. Ce qui nous apparait comme un objet juridique non identifié est pourtant d'usage sur le continent américain. Pour ne parler que de celui du Costa Rica, le Tribunal est chargé de l'état civil (naissance, mariage, décès), de l'émission des pièces d'identité, de la formation des partis politiques et des citoyens à la Démocratie, des phases pré-électorale (listes électorales, inscription des candidats, édition des bulletins, nomination des scrutateurs), électorale (surveillance des bureaux de vote), post-électorale (dépouillement, proclamation des résultats, contentieux). Ce mode de fonctionnement rationalisé, associant la gestion de l'état civil – étant *in fine* la base de l'élection – au contentieux électoral en passant par l'organisation entière du scrutin, permet d'avoir une vision d'ensemble sur l'élection, et de donner un maximum de garanties quant à la pureté du vote. Aussi, le Tribunal est doté d'un Institut de Formation et d'Etudes en Démocratie, qui fait office de centre de recherches sur les thématiques électorales et assure les missions de formations évoquées ci-avant.

7 - MORA CHINCHILLA (C.), La creación del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica en 1949: sus antecedentes y significado en la institucionalidad nacional, Revista de Derecho Electoral, 2010, N°9, pp. 67-104

La France connait une organisation bien moins structurée. L'état civil est la dernière mission des communes. La Préfecture – et le lien qu'on lui connait avec le gouvernement - est en charge de l'inscription des candidatures. Le ministère de l'Intérieur chapote le tout. Le contentieux est à la charge de plusieurs juges – pénal, administratif (Tribunal administratif et/ou Conseil d'Etat,) constitutionnel, civil, Commission Nationale des Comptes de Campagne et des Financements Politiques – ce qui engendre, de façon inéluctable, un imbroglio au moment de saisir le juge. Un des risques de la multiplicité des juges compétents en matière électorale est bien évidemment la divergence jurisprudentielle, mais cette thématique est bien trop conséquente – et intéressante – pour pouvoir être abordée ici en quelques mots.

Du côté ouest de l'Atlantique, on parle de *pureté du scrutin*, du côté est on parle de *sincérité du scrutin*. Pour l'un, le scrutin doit être limpide, sans tâches, de l'autre, il doit être en conformité avec la volonté exprimée par les électeurs. Ainsi, si fraude il y a, mais que la volonté des électeurs est respectée, l'élection est maintenue[8]. Reste à définir les critères qui assurent une véritable sécurité juridique dans la matière fondamentale qu'est l'élection.

B. La place du droit électoral dans la ramification juridique

La présentation rapide de l'organisation juridictionnelle du droit électoral en France et au Costa Rica amène à élargir la réflexion sur la place du droit électoral dans la ramification juridique – en référence à la traditionnelle conception du Droit sous la forme d'un arbre avec un tronc commun et plusieurs branches, conception discutable s'il en est. Dans la doctrine juridique, il est courant de rencontrer des auteurs qui établissent l'autonomie de leur droit, en se basant sur des critères établis par une doctrine *nébuleuse* – « d'après la doctrine… » -, que personne ne prend la peine de préciser de qui il s'agit.

On peut cependant remarquer l'existence de critères communs à tous les auteurs, qui forment un noyau dur de l'autonomie, et d'autres critères spécifiques à chaque branche du droit. Pour le droit électoral, ce critère spécifique semble être la Démocratie, qui est finalement, un argument contre lequel on ne peut aisément débattre. Effectivement, nier le caractère autonome du droit électoral est une certaine forme de négation du concept même de Démocratie. Un rapide état des lieux doctrinal permet de mettre en avant six critères pour apprécier le degré d'autonomie du droit. Barroso Figueroa[9] parle des critères législatif, scientifique, didactique, juridictionnel, institutionnel – mentionné ici comme critère conceptuel - et processuel. Le *critère législatif* correspond à l'existence de normes, notamment de niveau constitutionnel – les ordres juridiques étudiés répondent à ce critère. Le *critère scientifique* fait référence à l'existence d'une doctrine propre au droit en question – en France, il n'y a pas (encore) de revue de droit électoral. Le *critère didactique* implique l'enseignement du dit droit comme une matière à part entière – le droit électoral comme tel n'est pas enseigné en France, plus souvent sous la forme d'études comparées de systèmes politiques, tandis qu'au Costa Rica, le droit électoral est une matière enseignée en *Maestría*, mais en *Licenciatura*, il se confond avec le cours de droit constitutionnel. Le *critère juridictionnel* renvoi évidemment à une juridiction spécialisée – en ouvrant ce critère à l'existence d'un juge spécialisé, car un tribunal par droit est matériellement impensable. Le *critère conceptuel* fait référence à l'existence de principes propres au droit étudié. Et enfin, le critère processuel entend l'existence de recours propre à ce droit. Ainsi, l'autonomie du droit électoral semble être acquise au Costa Rica, mais pas encore totalement implantée en France.

L'étude plus approfondie, à travers la méthodologie du droit comparé – qui offre la possibilité de connaitre de nouveaux auteurs – de ces quelques éléments ici présentés, est l'objet d'une thèse de doctorat en cours de préparation.

Ricardo Andres Salas Rivera
Etudiant du Master II Droit public fondamental(Recherche)
Parcours Droit public France - Amerique Latine,
Université Toulouse I et Universidad de Costa Rica

8 - DUVAL (J-M), « Droit électoral. La sanction des comportements irréguliers relevés au cours des opérations électorales », Revue française de droit constitutionnel 2001/4 (n° 48), p. 825-846

9 - BARROSO FIGUEROA (J.), "La autonomía del derecho de familia". Revista de la Facultad de Derecho de México [en línea]. 1967. no. 68. P. 832

Le cloud computing : le nouveau défi de l'Union Européenne

L'élan d'intégration au sein de l'Union européenne se poursuit, c'est du moins de cela que témoigne la communication de la commission Juncker publiée le 6 mai 2015 portant sur « La Stratégie pour un marché unique numérique en Europe »[1]. Partant du constat que les technologies de l'information et de la communication ne constituent plus une branche parmi tant d'autres du secteur économique, mais sont devenues la base sur laquelle fonctionnent d'autres secteurs, les rédacteurs de cette communication entendent démontrer aux Etats membres qu'ils ne sont plus en mesure de rivaliser seuls face aux changements survenus dans ce domaine, qui imposent aujourd'hui une union des états membres en vue de créer un cadre européen adapté pour répondre à l'importance de ces évolutions. Par ailleurs, la communication définit ce qui à son sens constituera demain, le marché unique numérique en précisant qu'il « *s'agirait d'un espace où les particuliers et les entreprises peuvent se livrer à des activités en ligne, sans aucune considération de nationalité, et dans un cadre où la concurrence serait loyale, les données personnelles protégées et les intérêts des consommateurs sauvegardés. L'amélioration de l'accès aux biens et services numériques devrait passer par la disparition de toutes les différences existant entre l'environnement en ligne et l'environnement physique. Il faudrait mettre en place un environnement propice au développement des réseaux, qui s'entendrait comme des infrastructures rapides et fiables, mais aussi comme un domaine régi par des dispositions réglementaires en mesure de garantir le jeu d'une concurrence loyale. Enfin, l'objectif à atteindre concerne aussi le développement du potentiel de l'économie numérique européenne. Il s'agirait alors d'encourager les investissements, notamment dans les technologies relatives au cloud.* »[2]. L'intention de la Commission européenne apparait dans l'extrait de la Communication dans sa dernière phrase puisqu'il s'agit d'exploiter le *cloud computing* ou l'*informatique en nuage* comme base pour le marché unique numérique européen de demain. Comme le soulignait Geoffray Brunaux : « *le cloud computing apparait comme la solution à tous les maux informatiques contemporains* »[3]. En réalité il n'en est rien, c'est le potentiel économique du *cloud computing* dont il est question. En effet, une étude récente du McKinsey Global Institute (MGI) a démontré que le *cloud computing* constituera la quatrième technologie de rupture dont l'impact économique est évalué entre 1,7 et 6,2 trillions de dollars par an d'ici 2025[4]. De son côté l'Union Européenne a estimé l'impact du *cloud computing* à un montant de 957 milliards d'euros sur le PIB et 3,8 millions d'emplois d'ici 2020[5]. Les enjeux économiques apparaissent tels, qu'un encadrement juridique est nécessaire, c'est dans ce dessein que la Commission Européenne a lancé une consultation publique relative « aux règles contractuelles applicables aux achats en ligne de contenus numériques et de biens matériels »[6] dans cet appel il est précisé que : « *La stratégie pour le marché unique numérique de l'UE adoptée par la Commission le 6 mai 2015 définit une approche globale portant sur les principaux obstacles au commerce électronique transfrontalier. L'un des grands problèmes empêchant les entreprises et les consommateurs de tirer pleinement parti du marché unique numérique est que les pays de l'UE appliquent des règles contractuelles différentes en matière de ventes transfrontalières.* »[7].

Dans cette perspective, il nous est apparu légitime de s'interroger sur le rôle que le droit des contrats pouvait jouer en la matière.

Dès lors, en vue de fournir des éléments de réponse à cette question, il apparait nécessaire de revenir sur les problématiques liées à la définition juridique du *cloud computing* avant d'aborder les questions relatives aux pratiques contractuelles en matière de *cloud computing*. Précisons enfin, qu'un choix personnel a été fait de ne pas aborder la question de la protection des données à caractères personnels dans la mesure où cette question constitue à notre sens un thème à part entière qui -par honnêteté intellectuelle- ne peut être traité de manière succincte mais qui pourra faire l'objet d'une contribution prochaine.

I- Le cloud computing ou l'informatique en nuage : une notion protéiforme

Le *cloud* est un phénomène qui embrasse toute la société, il intéresse autant qu'il inquiète, il constitue l'une de ces évolutions de l'histoire qui selon le doyen Savatier : « force le juriste à une adaptation continue à la réalité sociale»[8]. Le cloud recouvre des réalités à la fois multiples et complexes qui rendent sa définition juridique

1 - Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 6 mai 2015, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM(2015)192 final. Voir http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_fr.pdf

2 - F. Meuris, « Vers un marché européen du numérique », Communication Commerce Électronique, 2015, n°6, p.2

3 - G. Brunaux, « Cloud computing, protections des données : et si la solution résidait dans le droit des contrats spéciaux ? », D. 2013, p. 1158

4 - Disputive technologie : Advances that will transform life, business, and the global economy, Report, McKinsey Global Institute, mai 2013, cored. Par James Manyika, Michael Chui, Jacques Bughin, Richard Dobbs, Peter Bisson, Alex Marrs. Voir http://www.mckinsey.com/insights/business_technology/disruptive_technology

5 - Quantitative Estimates of the Demand for Cloud Computing in Europe and the Likely Barriers to Takeup, IDC (2012)

6 - Consultation publique ouverte sur la période du 12.06.2015 au 03.09.2015

7 - Voir http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/150609_fr.htm

8 - Car « ce qui embarque le juriste dans l'accélération de l'histoire, c'est le donné sur lequel il travaille » (R. Savatier, « Le droit et l'accélération de l'histoire », D., 1951, chron., p. 30)

problématique.

A l'heure actuelle, plusieurs définitions du *cloud* existent. Selon la définition du National Institute of Standards and Technology, le *cloud* est : « *l'accès via un réseau de télécommunications, à la demande et en libre-service, à des ressources informatiques partagées configurables* »[9]. Au niveau européen, la Commission a proposé une définition du *cloud* dans sa communication « *Exploiter le potentiel de l'information en nuage* », assimilant le *cloud* « *au stockage, au traitement et à l'utilisation de données contenues dans des ordinateurs distants et auxquelles on accède par internet.* »[10]. En France, une tentative de définition a été faite dans la définition du vocabulaire de l'informatique et de l'internet : « *L'informatique en nuage est une forme particulière de gérance de l'informatique, dans laquelle l'emplacement et le fonctionnement du nuage ne sont pas portés à la connaissance des clients*»[11]. Enfin de son côté la CNIL définit le *cloud* comme : « *La forme la plus évoluée d'externalisation, dans laquelle le client ou l'utilisateur dispose d'un service en ligne dont l'administration et la gestion opérationnelle sont effectuées par un sous-traitant.*»[12].

Ces différentes définitions plaident en effet, en faveur d'une uniformisation mais est-ce pour autant pathologique qu'ils y en aient plusieurs ? La réponse est assurément négative, dans la mesure où le *cloud* ou plutôt les offres de *cloud* se sont développées, de fait il existe en réalité différents types de *cloud* : « *cloud* privatif ou privé » reservé aux partenaires privilégiés ou collaborateurs autorisés d'une entreprise, « *cloud* privé externalisé », « *cloud* public, externe à l'organisation accessible via internet », « *cloud* hybride » combinant deux ou plusieurs *cloud*. Dès lors, il est fort probable que ce soit l'existence de différents types de *cloud* qui induit cette multitude de définitions.

Néanmoins, les contours du *cloud* computing demeurent flous et mériteraient d'être précisés, nous pensons cependant que certains éléments doivent impérativement être intégrés à la réflexion dans la mesure où ils constituent à notre sens des éléments incontournables de cette technologie qu'est le *cloud* computing et en constituent des éléments de spécificité comme : l'externalisation, la capacité de stockage (Hyper-stockage), l'ignorance sur la localisation des données recueillis, l'accès aux ressources de manière quasi-instantanée partout dans le monde, la facturation à la demande. Ce sont là tant d'éléments qui appellent un regard particulier de la part des codificateurs.

II- Les nouveaux enjeux contractuels en matière de cloud computing

Pour mieux saisir les nouveaux enjeux contractuels que pose aujourd'hui le *cloud computing,* il est nécessaire de garder à l'esprit que cette nouvelle technologie concerne à la fois les particuliers qui agissent en tant que consommateurs mais aussi les professionnels qui en pratique, sont des entreprises. Néanmoins, cette distinction entre contrats de consommation et contrats entre professionnels apparait illusoire dans les contrats de *cloud*, dans la mesure où cette frontière n'est pas aussi nette et franche du fait de l'utilisation, par les prestataires, de contrats standardisés marqués par un fort degré d'adhésion. Ce type de contrat ne laisse aucune place à la négociation.

Dès lors, cette situation de dépendance des clients à l'égard de leurs prestataires dans les contrats de *cloud*, inquiète les autorités nationales et européennes qui « *relèvent les risques d'atteintes à la confidentialité des données, de pratiques contractuelles abusives, de mauvaise répartition des risque encourus, etc* »[13]. La Commission entend aborder ces questions dans le cadre du « *marché unique numérique* »[14], puisque figure au deuxième rang de ces actions essentielles, « *l'élaboration de clauses et de conditions contractuelles sûres et équitables* ». Cette action s'inscrit dans le prolongement du travail déjà accompli et qui a abouti à l'adoption par la Commission, en octobre 2011, d'une proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente[15].

Les clauses contractuelles dont il est question

9 - Le National Institute of Standards and Technology (NIST) est une agence du Département du Commerce des Etats-Unis, qui promeut l'économie en développant des technologies. Voir http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf

10 - Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 27 septembre 2012, Exploiter le potentiel de l'informatique en nuage en Europe, COM(2012) 529 final, §1

11 - JORF, n°0129 du 6 juin 2010, « Informatique en nuage, », Vocabulaire de l'informatique et de l'internet, p. 10453

12 - Définition du cloud computing sur http://www.cnil.fr/les-themes/technologies/cloud-computing/

13 - « A cela s'ajoute un enjeu de « souveraineté » nationale, qui est « d'autant plus important que, demain, l'Etat et, plus largement, les puissances publiques ne pourront sans doute pas eux-mêmes contourner le recours à l'informatique en nuage », J.-M. Sauvé, « le cloud computing », colloque du 11 octobre 2013, B. Fauvarque-Cosson et C. Zolynski (ss dir.), vol. 22, coll. Colloques, Société de législation comparée 2014

14 - Communication «L'Acte pour le marché unique» : COM(2011) 206 final ; pour plus de détails, v. Exploiter le potentiel de l'informatique en nuage en Europe, préc., § 3.1 et s.

15 - COM(2011) 635 final. La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente s'applique à certains des contrats relatifs à la fourniture de contenu numérique, c'est-à-dire «des données produites et fournies sous forme numérique, que ce soit ou non d'après les spécifications de l'acheteur, notamment les vidéos, enregistrements audio, images ou contenus numériques écrits, les jeux numériques, les logiciels, et les contenus numériques qui permettent de personnaliser des équipements informatiques ou des logiciels existants», que l'utilisateur peut stocker et traiter, auxquels il a accès et qu'il peut réutiliser. En sont toutefois exclus «les services et réseaux de communications électroniques ainsi que les infrastructures et services associés» et «la création de nouveaux contenus numériques et la modification de contenus numériques existants».

concernent différents éléments essentiels du contrat à savoir la protection des données, leur conservation, leur réversibilité; les clauses de responsabilités ou de non responsabilité, les clauses de modification unilatérale du contrat qui sont très souvent imposées mais d'autres questions se posent, il en va ainsi pour le choix de la loi applicable ou les clauses de règlement des litiges. Tant de clauses qui en pratique se trouvent imposées au client du fait du rapport de force déséquilibré dans le contrat de *cloud*.

Par ailleurs, la matière étant contractuelle, l'encadrement et la règlementation ne peut se faire que par le biais de recommandations, de modèles de clauses ou tout autre instrument de droit souple (*soft law*), cependant l'absence de valeur contraignante ne peut offrir un véritable cadre juridique en Europe, ni une véritable harmonisation et dans le sens inverse une règlementation trop stricte ne constituera-t-elle pas un frein pour l'économie ? Aussi, quelle place accorder aux juridictions -nationales et européennes- en vue d'assurer la bonne application des règles instituées ? D'autres pistes devraient sans doute être envisagées, comme par exemple la création d'un nouveau type de contrat avec un régime juridique propre où s'orienter vers le droit des contrats spéciaux comme le préconisent certains auteurs en doctrine[16].

En définitive, une chose est sûr le contrat de cloud est un contrat d'avenir qui recouvre une promesse de progrès dont le corolaire est le risque de violence, s'il se meut dans l'ignorance du droit.

Nawfel Mehdi Sekfali
Diplômé du Master II Droit des contrats internes et internationaux,
Université Paris - Sud , COMUE Paris - Saclay

16 - G. Brunaux, art. préc

Être une bonne mère : mode d'emploi II

Si le manuel du régime mère-fille préconise aux mères, comme nous l'avons vu précédemment[1], de toujours garder un œil sur leurs filles et de ne jamais se contenter d'être usufruitières, il n'en est hélas point fini des préceptes permettant de s'assurer une bonne fibre maternelle.
Être une bonne mère est, en effet, une entreprise difficile, si bien que, très souvent, celles qui ont déjà sauté le pas conseillent à toutes celles qui y réfléchiraient encore de prendre leur temps : patience est mère de toutes les vertus.
C'est justement de patience dont il est question dans le c du 1 de l'article 145 du code général des impôts (« CGI ») qui prévoit que, pour bénéficier du régime mère-fille, « les titres de participation doivent avoir été conservés pendant un délai de deux ans ». Cette condition tenant à la durée de détention des titres a été précisée dans deux arrêts récents du Conseil d'Etat qui, d'une part précise qu'une bonne mère n'est pas nécessairement une mère poule (I), mais d'autre part, qu'elle se doit de refuser toute garde alternée (II).

I. Point besoin d'être mère poule

Si pour certains l'amour dure trois ans, en fiscalité l'amour d'une mère pour sa fille doit durer au moins 2 ans, selon les termes de l'article 145 précités, et les juges du Palais Royal, dans un arrêt « SA Technicolor »[2] ont dû se prononcer sur l'intensité de cet amour.
En effet, rappelons que l'application du régime est notamment subordonnée à la détention d'une participation minimale équivalente au moins à 5% du capital de la filiale, et à la conservation d'une participation pendant au moins 2 ans.
L'articulation de ces deux conditions mène inévitablement vers l'interrogation suivante : la condition de durée de conservation s'applique-t-elle seulement au seuil minimal de participation, ou faut-il que toute participation soit détenue pendant au moins 2 ans pour que les distributions en résultant soient éligibles au régime ?
La cour administrative d'appel (« CAA ») de Versailles[3] ayant opté pour une lecture indépendante de ces deux conditions, a jugé que seules les distributions correspondantes à la fraction du capital conservé pendant au moins deux ans pouvaient bénéficier du régime mère-fille. La pureté du raisonnement a été contesté en cassation par la société Technicolor, qui a par ailleurs soulevé très habillement une question prioritaire de constitutionnalité (« QPC ») à l'égard de cette lecture au motif qu'elle entrainait une rupture d'égalité, sous la forme d'une discrimination à rebours, entre les sociétés mères françaises selon qu'elles perçoivent des dividendes d'une filiale française ou européenne. A son soutien, notons effectivement que l'article 3 de la Directive mère-fille qui prévoit la faculté pour les Etats membres de ne pas appliquer le régime aux sociétés qui ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins 2 ans, la participation donnant droit à la qualité de société mère. Or, cette participation donnant droit à la qualité de société mère réside justement dans le seuil minimal du capital que la mère doit détenir et non dans l'intégralité de sa participation si celle-ci s'avère supérieure.

Le Conseil d'Etat, censurant ce raisonnement versaillais, nous donne ici – il faut le dire – une leçon d'interprétation. Sans entrer dans les méandres de la matière, précisons seulement que la haute juridiction, bien que l'espèce se situant sur un terrain purement interne, procède à une interprétation unique (et neutralisante) par application des principes dégagés dans les arrêts « Cercle militaire mixte de la Caserne de Mortier »[4], « Société Ambulances de France »[5] et « A. Leur-Bloem »[6] : est d'abord relevé que les dispositions des articles 145 et 216 constituent une transposition par avance de la Directive du 23 juillet 1990 ; est ensuite vérifié que le législateur a ainsi bien voulu traiter de la même manière les opérations internes et transfrontalières ; et les dispositions du c du 1 de l'article 145 sont enfin jugées comme n'étant pas claires, et par conséquent comme pouvant être interprétées à la lumière des objectifs de la directive.
En conséquence, les juges déduisent que « la condition tenant à l'engagement de conserver les titres pendant deux ans prévue au c du 1 de l'article 145 (…) ne peut être regardée, en raison de son objet, que comme s'appliquant, conformément au deuxième alinéa de l'article 3 de la directive du 23 juillet 1990, aux titres de participation donnant droit à la qualité de mère ». Cette interprétation permet de désamorcer la QPC de la requérante, et d'écarter ainsi toute discrimination à rebours.

Nous en retenons deux observations à prescrire aux mères.
En premier lieu, remarquez que le Conseil d'Etat opte encore ici pour une lecture donnant aux dispositions du 1 de l'article 145 le soin de n'édicter que les conditions dont la réunion permet de revêtir la qualité de société mère, qui n'est pas sans rappeler l'arrêt Sofina commenté précédemment. Encore une fois, une société ne pourra revendiquer une telle qualité si et seulement si elle remplit les conditions du 1 de l'article 145.
En second lieu, relevez que la solution s'appuie clairement sur la Directive mère-fille, alors même que le litige ne se place que dans une sphère purement interne : en clair, l'interprétation des dispositions des articles 145 et 216, non modifiées depuis la Directive, sera commandée par cette dernière.

II. Mais refusez toute garde alternée

Si l'intensité de l'amour d'une mère pour sa fille en a été ainsi fixée, il faut également se souvenir que cet amour doit

1 - ASTIER (P-V), « Être une bonne mère : mode d'emploi I », Revue des étudiants publicistes n°2 p. 16
2 - CE ss-sect. 9/10, 15 décembre 2014, n°380942
3 - CAA Versailles 18 mars 2014, n°13VE00873, min. c/ SA Technicolor
4 - CE sect., 22 décembre 1989, n°86113
5 - CE ss-sect. 9/10, 30 janvier 2013, n°346683
6 - CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-28/95

être sans faille. C'est ce que le Conseil d'Etat[7] a dû rappeler lorsqu'il s'est prononcé sur l'articulation des dispositions de ce régime avec celles relatives au prêt de titres financiers[8], et en particulier sur le cinquième alinéa du c du 1 de l'article 145 qui prévoit que « les titres prêtés dans les conditions du chapitre V modifié de la loi 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne ne peuvent être pris en compte par les parties au contrat de prêt pour l'application du régime fiscal des sociétés mères »[9]. Une société, qui sur le fondement du chapitre V de la loi du 17 juin 1987, a prêté ses titres à une autre société peut-elle être regardée comme ayant conservé ces titres au sens du c du 1 de l'article 145 du CGI ?

Avant toute chose, il faut rappeler que la loi de 1987 avait essentiellement pour objectif d'assurer la neutralité fiscale du prêt de titres, tant à l'égard du prêteur qu'à celui de l'emprunteur[10].
Il est cependant toujours possible d'envisager, hors du cadre de ce régime fiscal de faveur, un prêt de titres relevant des règles issues des articles 1892 à 1904 du code civil régissant le prêt à consommation[11]. Selon l'article 1893 du code civil, l'emprunteur devient alors propriétaire des titres et dispose, par conséquent, du droit aux fruits et du droit de vote qui leur sont attachés. Un tel prêt est assimilé à une cession au sens de l'article 39 duodecies du code général des impôts et impose la prise en compte des plus ou moins-values dégagées à l'occasion de l'opération.

Dans l'affaire Artémis Conseil, une société détenait plus de 5% du capital de sa filiale ayant procédé à plusieurs distributions de dividendes qui furent placées sous l'empire du régime des sociétés mères. Avant un délai de conservation de ces titres pendant 2 ans, la société mère a consenti un prêt sur certains d'entre eux ayant eu pour effet de faire tomber sa participation dans sa filiale à moins de 5%. L'administration vérificatrice a remis en cause l'application du régime pour l'ensemble des dividendes perçus au motif que la condition tenant à la conservation des titres pendant au moins 2 ans n'était pas remplie.
La société soutenait que les dispositions précitées du c du 1 de l'article 145 n'avaient pour seul effet que d'exclure du bénéfice du régime des sociétés mères les dividendes mis en paiement pendant la durée du prêt, de sorte que le prêt de titres ne constituait pas une rupture dans l'engagement de conservation du prêteur.

Le Conseil d'Etat, à l'inverse, a jugé qu'il résulte de ces dispositions que la société qui prête des titres à une autre lui a transféré leur propriété, selon l'article 1893 du Code civil rendu applicable au prêt de titres financiers par renvoi de l'article L.211-22 du Code monétaire et financier, et ne peut, par conséquent, être regardée comme ayant conservé ses titres pour l'application du régime des sociétés mères. Autrement dit, le prêt de titres, qu'il relève de la loi de 1987 ou soit de droit commun, constitue une rupture de l'engagement de conservation, et ce alors même que celle-ci n'a pas eu d'effet sur le contrôle de la société qui a émis ces titres.
Au-delà de l'hypothèse du prêt de titres, le Conseil d'Etat précise également que l'article 145 ne prévoit aucune cause d'interruption ou de suspension du délai de conservation, de sorte que la durée de conservation des titres doit être continue et ininterrompue pendant au moins 2 ans.

En définitive, il nous semble que les titres prêtés en application de la loi de 1987 ne peuvent être pris en compte, aussi bien par le prêteur que l'emprunteur, pour déterminer si les conditions d'application du régime des sociétés mères sont remplies. Autrement dit, ils ne peuvent servir à revêtir la qualité de société mère, lecture validée par l'arrêt SA Technicolor qui fait le pont entre les points b et c du 1 de l'article 145. D'ailleurs, si l'on regarde les travaux parlementaires de la loi de 1987[12], ils indiquent que l'article 37 « prévoit que les titres prêtés ne peuvent être pris en compte pour le calcul des limites de 10% ou 150 millions de francs, ni par le prêteur, qui a perdu la propriété des titres, ni par l'emprunteur, auquel l'acquisition temporaire des titres ne saurait conférer la qualité de société-mère. »

En outre, la question de l'exonération des produits de titres prêtés en application de la loi de 1987 ne se pose pas, à notre sens, dès lors que l'application du régime prévu par cette loi est conditionnée, notamment, d'après le 2 de l'article L.211-22 du CMF, à ce que le prêt porte sur des titres financiers qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet du détachement d'un droit à dividende pendant la durée du prêt.
C'est pourquoi nous notons un paradoxe intrinsèque dans les faits mêmes ayant donné lieu à un arrêt de la CAA de Bordeaux en date du 17 novembre 2014[13]dans lequel la cour a refusé, à la société emprunteuse, le bénéfice du régime des sociétés mères aux produits des titres prêtés dans les conditions prévues par la loi de 1987.
Selon nous, l'administration fiscale ne pouvait se fonder

7 - CE ss-sect. 3/8, 24 septembre 2014, n°363555, Sté Artémis Conseil
8 - Chapitre V de la loi du 17 juin 1987 sur l'épargne, codifiées pour la plupart aux articles L.432-6 et suivants du code monétaire et financier puis aux articles L.211-22 et suivants du même code en application de l'ordonnance 2009-15 du 8 janvier 2009
9 - Disposition issue de l'article 37 du chapitre V de la loi de 1987
10 - Voir sur ce point les articles L.211-24 à L.211-26 du CMF, ainsi que les articles 39-1-5° 16ème alinéa 2ème phrase, 39-1-5° 21ème alinéa, 39 duodecies et 38 bis du CGI, qui empêchent notamment la constatation de toute plus ou moins-value chez l'emprunteur ou le prêteur lors de l'opération de prêt
11 - Si l'article 1892 prévoit qu'un prêt à consommation porte sur « une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage », la jurisprudence et la doctrine estiment que, moins que la consomptibilité, c'est la fongibilité qui caractérise l'objet du prêt à consommation si bien que le prêt de titres peut relevé de cette catégorie dès lors que l'emprunteur a le pouvoir de disposer des titres empruntés dont il est propriétaire, à charge pour lui de les restituer par équivalent ; voir en ce sens Cass. civ., 8 mai 1950 ; Cass. 1ère civ., 5 décembre 1962 ; Chazal (J-P) et Reinhard (Y) « Réflexions sur le problème de la validité du prêt de consommation d'actions », RTD Com 2001 p. 147
12 - Tome II p.132 du rapport de M. Cluzel devant le Sénat
13 - CAA Bordeaux, 17 novembre 2014 n°13BX00351 SC Rimar

sur le c du 1 de l'article 145 précité pour refuser le bénéfice du régime mère fille à la société emprunteuse, et devait remettre en cause le bénéfice de la neutralité fiscale du prêt de titres prévue par cette loi. Et, la cour aurait dû relever d'office ce moyen d'ordre public dès lors qu'il est relatif au champ d'application de la loi[14].
Un autre fondement aurait-il pu justifier le refus d'application du régime mère-fille dans ce cas d'espèce ? Plus généralement, une société peut-elle bénéficier du régime mère-fille pour les distributions provenant de titres empruntés, selon les règles de droit commun, alors que par ailleurs, elle remplit les conditions pour revêtir la qualité de société mère au sens du 1 de l'article 145 du CGI ?
Dans cette hypothèse, si l'on reprend la lecture de l'article 145 telle qu'envisagée dans l'arrêt Sofina, la société a bien la qualité de société mère, indépendamment des titres détenus en vertu du prêt, et aucune disposition du 6 de cet article ne prévoit l'exclusion du bénéfice de l'exonération des produits de titres empruntés. Ainsi, la société emprunteuse pourrait bénéficier du régime mère-fille.

Reste la question de savoir si des titres prêtés en application du droit commun peuvent être pris en compte pour accorder la qualité de société mère à l'emprunteuse qui dispose de la propriété de ces titres. Si l'on estime que la loi a expressément prévu l'exclusion pour l'application du régime mère fille des titres prêtés en application de la loi de 1987, alors qu'il en est rien pour le prêt de titres de droit commun, nous pouvons penser a contrario que tel n'a pas été l'intention du législateur, sous réserve que le prêt soit conclu pour une durée d'au moins 2 ans.

Décidément, être une bonne mère n'est pas chose des plus aisée, et bien plus complexe que l'instinct maternel nous le laisserait croire…

Pierre-Valéry Astier
Diplômé du Master 2 Droit fiscal, Paris 2 Panthéon Assas
Elève avocat, HEDAC

14 - CE sect., 19 décembre 1984 n°30397 Sté Ciments Lafage France

Le procès équitable devant les juridictions financières : l'impact de l'arrêt *Martinie*

L'arrêt Martinie c/ France[1] est souvent présentée comme une confirmation de l'arrêt Kress c/ France[2]. Dans l'ombre de l'arrêt Kress, l'arrêt rendu en grande chambre reste largement méconnu des étudiants. Si son impact a pourtant été retentissant, l'arrêt Martinie ne constitue qu'une étape du processus de mise en conformité de la procédure suivie devant les juridictions financières avec les principes posés par l'article 6§1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme[3]. Pour comprendre l'affaire Martinie, il nous faut rappeler la jurisprudence de la Haute juridiction de l'ordre administratif.

1. L'exclusion originelle de l'applicabilité du volet civil de l'article 6§1

Dès 1991 le Conseil d'Etat avait affirmé que le volet civil de l'article 6§1 ne pouvait être appliqué à la procédure suivie devant les juridictions financières[4]. Cette position fut maintenue[5] du moins en ce qui concerne le volet civil de l'article 6§1. A l'inverse, le volet pénal avait quant à lui été jugé applicable tant par le juge administratif[6] que par le juge européen[7] aux sanctions pécuniaires prononcées par les juridictions financières. En effet, ces sanctions relèvent sans conteste de la « matière pénale » au sens de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg[8].

L'exclusion originelle du volet civil de l'article 6§1 s'explique avant tout pour des raisons étroitement liées à la singularité de la procédure devant les juridictions financières : les juridictions financières jugent les comptes et non les individus. Comme le soulignait le Conseil d'Etat dans un arrêt d'assemblée, « la Cour des comptes ne peut légalement fonder les décisions qu'elle rend dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle que sur les éléments matériels des comptes soumis à son contrôle, à l'exclusion notamment de toute appréciation du comportement personnel des comptables intéressés »[9]. « La responsabilité du comptable a donc un caractère objectif, en ce sens que le juge des comptes n'a pas à apprécier la faute du comptable, ni à tenir compte des circonstances dans lesquelles celle-ci aurait été commise »[10]. Cette singularité est aujourd'hui inscrite dans le Code des juridictions financières (CJF), qu'il s'agisse de la Cour des comptes[11] ou des chambres régionales des comptes[12].

2. Le rattachement du contentieux financier au volet civil de l'article 6§1

Dans ce contexte, il faut rappeler les principes guidant l'applicabilité du volet civil de l'article 6§1 de la Convention EDH. Tout d'abord, il est nécessaire de prouver une « contestation » réelle et sérieuse tant sur l'existence même d'un droit que sur son étendue ou ses modalités d'exercice[13]. Ensuite, la notion de « droits et obligations de caractère civil » revêt une certaine autonomie[14]. En la matière, s'il faut tenir compte de la législation de l'Etat concerné, le critère patrimonial apparaît prépondérant dans l'opération de qualification juridique, alors même que les juridictions administratives seraient compétentes[15]. C'est précisément le critère de la patrimonialité qui a justifié « l'arrimage »[16] du contentieux devant les juridictions financières au volet civil de l'article 6§1. La Cour de Strasbourg avait déjà eu à connaître de contentieux impliquant les juridictions financières italiennes[17] et grecques[18]. Toutefois, ces litiges ne concernaient pas directement la procédure spécifique suivie devant les juridictions financières françaises. L'évolution fut réellement amorcée par la décision de recevabilité Richard-Dubarry c/ France rendu par le 7 octobre 2003. Dans cette espèce, le prétoire strasbourgeois se prononce en faveur de l'applicabilité du volet civil de l'article 6§1 de la Convention EDH, en ce qui concerne la procédure de gestion de fait. Le gouvernement français arguait en faveur de l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention en invoquant l'arrêt Pellegrin c/ France rendue en grande chambre le 8 décembre 1999[19]. La Cour réfuta l'argumentation du gouvernement, jugeant « que la requérante se trouve en litige financier avec l'Etat et pourrait être considéré comme l'auteur d'un délit civil qui cause au Trésor public un dommage qu'il faut réparer ». A l'issue de la décision de recevabilité, la France fut condamnée sur le fondement de l'article 6§1 en raison de la durée excessive de la procédure suivie devant les juridictions financières[20]. Sous la contrainte, le Conseil d'Etat s'est rallié à la position de la Cour européenne, admettant que « le juge des

1 - CEDH, 12 avr. 2006, Martinie c/ France
2 - CEDH, 7 juin 2001, Kress c/ France
3 - ci-après Convention EDH
4 - CE, 19 juin 1991, Ville d'Annecy c/ Dussolier, Rec. 242
5 - CE, 6 janv. 1995, Nucci, Rec. 6, en matière de gestion de fait
6 - CE, 16 nov. 1998, SARL Deltana et M. Perrin, Rec. 415, à propos des amendes prononcées par la Cour des comptes ; CE, Sect., 30 oct. 1998, Lorenzi, Rec. 374, à propos de la Cour de discipline budgtaire et financière
7 - CEDH, 26 sept. 2000, Guisset c/ France
8 - CEDH, 8 juin 1976, Engel et al. c/ Pays-Bas
9 - CE, Ass., 20 nov. 1981, req. n° 18402
10 - BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M.-C.), LASSALE (J.-P.), Finances publiques, LGDJ, « Manuel », 2010, 10e éd., p. 557
11 - art. L. 111-1, CJF
12 - art. L. 211-1, CJF
13 - CEDH, 23 oct. 1985, Benthem c/ Pays-Bas, § 32
14 - CEDH, 16 juill. 1971, Ringeisen c/ Autriche, § 110
15 - CEDH, 26 mars 1992, Editions Périscope c/ France, § 40
16 - SUDRE (F.) (dir.) et autres, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF, « Thémis » , 2011, 6e éd., p. 255
17 - CEDH, 29 nov. 1992, Francesco Lombardo c/ Italie
18 - CEDH, 12 avr. 2001, Logothetis c/ Grèce
19 - Dans cette affaire, la Cour avait jugé que « sont seuls soustraits au champ d'application de l'article 6§1 de la Convention les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques » (§66)
20 - CEDH, 1er juin 2004, Richard-Dubarry c/ France

comptes, lorsqu'il prononce la gestion de fait puis fixe la ligne des comptes et met le comptable en débet, tranche des contestations portant sur des droits et obligations à caractère civil »[21].

3. Les foudres européennes

Le coup de massue interviendra quelques années plus tard avec l'arrêt de grande chambre Martinie c/ France du 12 avril 2006. L'affaire Richard-Dubarry constitue néanmoins un élément clé pour comprendre l'arrêt Martinie. Qualifié de « point de non-retour »[22], l'affaire concernait principalement deux pans de la procédure suivie devant les juridictions financières.

Premièrement, le requérant contestait l'absence de publicité des débats devant la Cour des comptes. Il faut rappeler que, selon la Cour européenne, « La publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6§1 (art. 6-1) protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 § 1 (art. 6-1) : le procès équitable »[23]. Si le principe de publicité est « fondamental »[24], le droit à une audience publique n'est pas absolue[25]. En effet, la Cour de Strasbourg admet que certaines procédures puissent échapper à l'exigence de publicité en raison de la technicité des débats[26]. Le gouvernement français dans l'arrêt de 2006 se référait précisément à cette position de la Cour européenne. Sur ce point, la Cour EDH considéra que l'article 6§1 ne faisait pas obstacle à ce que le huis clos soit érigé en principe absolu en raison du degré particulier de technicité (§ 43). Toutefois, le prétoire strasbourgeois jugea comme étant essentielle la possibilité pour les comptables de solliciter une audience publique devant la Cour des comptes, lorsque celle-ci est saisie en appel d'un jugement de première instance les mettant en débet (§44). Le requérant n'ayant pas jouit de cette possibilité, la France fut condamnée sur ce point.

Deuxièmement, le requérant contestait sur le fondement du principe de l'égalité des armes (et non la théorie des apparences) la place du procureur général près la Cour des comptes. La Cour européenne jugea en l'espèce « qu'il y a un déséquilibre au détriment [du comptable public] du fait de la place du procureur dans la procédure : à la différence du comptable, ce dernier est présent à l'audience, est informé préalablement du point de vue du rapporteur, entend celui-ci (ainsi que le contre-rapporteur) lors de l'audience, participe pleinement aux débats, et a la possibilité d'exprimer oralement son propre point de vue sans être contredit par le comptable ; vu sous cet angle, peu importe que le procureur soit ou non qualifié de « partie » dès lors qu'il est à même, pour ces raisons combinées avec l'autorité que lui confèrent ses fonctions, d'influencer la décision de la formation de jugement sur le débet dans un sens éventuellement défavorable au comptable. Selon la Cour ce déséquilibre se trouve accentué par le fait que l'audience n'est pas publique et se déroule en conséquence en dehors de tout contrôle non seulement du comptable concerné mais aussi du public » (§50). La condamnation de la France sur le fondement de l'article 6§1 fut ainsi réitérée. « La solution ainsi dégagée par la Cour remet en cause une vieille fiction de la conception française de la comptabilité publique : malgré le caractère nettement disciplinaire de la procédure, malgré les obligations pécuniaires lourdes à la charge des personnes condamnées, malgré même le prononcé d'amendes, la doctrine administrative comme la jurisprudence refusaient de voir autre chose dans cette procédure que le jugement de comptes et dans son résultat autre chose que le rétablissement de la caisse publique »[27].

4. Le temps de la réforme

Le noyau dur de l'arrêt Martinie reçu confirmation en 2007 avec l'affaire Tedesco[28]. La différence majeure avec l'arrêt Martinie réside dans la non violation de l'article 6§1, étant donné que l'audience devant la Cour des comptes était publique (§67). L'arrêt Tedesco précéda le temps de la réforme. Cette dernière résida dans l'édiction de la loi du 28 octobre 2008 complétée par le décret du 19 décembre 2008. L'objectif du législateur est clair. Il s'agit d'apposer un sceau d'euro-compatibilité à la procédure suivie devant les juridictions financières[29]. Ainsi, la loi vise à combler les carences pointées par la Cour dans l'arrêt Martinie. L'article 13 fixe la publicité de l'audience au rang de principe général. Le huis clos n'est pas supprimé. Il demeure possible « si la sauvegarde de l'ordre public ou le respect de l'intimité des personnes ou de secrets protégés par la loi l'exige ». L'article 13 précise par la suite que « Le délibéré des juges est secret. Le magistrat chargé de l'instruction et le représentant du ministère public n'y assistent pas ».

La loi de 2008 a semble-t-il fermé le débat quant à l'euro-compatibilité de la procédure suivie devant les juridictions financières. Un affermissement de la position de la Cour EDH reste à envisager.

Leo Genty
Diplômé du Master 2 Droit public des affaires (Parcours recherche) - l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

21 - CE, 30 déc. 2003, Beausoleil et Mme Richard, Rec. 531
22 - CARCENAC (T.), Avis n° 784, Assemblée National, p. 10
23 - CEDH, 8 déc. 1983, Pretto c/ Italie, §21
24 - CEDH, 21 frév. 1990, Haranksson et Sturesson c/ Suède
25 - CEDH, 29 oct. 1991, Helmers c/ Suède
26 - CEDH, 24 juin 1993, Schuler-Zgraggen c/ Suisse, §58, à propos d'un contentieux de la sécurité sociale
27 - ROLIN (F.), « Le droit au procès équitable dans la procédure de gestion de fait », note sous CE, 30 déc. 2003, Beausoleil et Mme Richard, AJDA 2004.1301
28 - CEDH, 10 mai 2007, Tedesco c/ France
29 - L'exposé des motifs de la loi indique clairement que « L'objectif premier de cette réforme est de mieux répondre, dès lors que sont concernées les procédures juridictionnelles des juridictions financières, aux exigences résultant de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Elle vise notamment à renforcer le droit qu'a toute personne d'être « entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial »

L'arbitrage d'investissement dans l'Accord économique et commercial global

L'Accord économique et commercial global (AECG), qui a été publié à l'issue des négociations entre l'Union européenne et le Canada, le 26 septembre 2014, alimente les discussions politiques, économiques et juridiques. Pas encore entré en vigueur, car nécessitant peut-être la ratification de tous les Etats membres de l'Union, ce traité de libre-échange fait l'objet d'un débat publique, entre autres, sur la légitimité de l'arbitrage. Un éclaircissement sur le développement de l'arbitrage international (§1) et de son contenu (§2), dans l'Accord économique et commercial global, pourrait permettre de mieux comprendre cette pratique, et ses spécificités.

1. Développement de l'arbitrage international

L'arbitrage international est loin d'être récent, la Grèce antique en serait même « le véritable berceau »[1]. Sans analyser ce qu'était l'arbitrage à cette époque, force est de constater que l'arbitrage international a foisonné au fil des siècles, au point d'être sans doute le mode de règlement des différends internationaux le plus utilisé aujourd'hui. En effet, les prétoires des juridictions internationales ne sont guère ouverts qu'aux Etats[2], même si la tendance actuelle est de reconnaître à la personne non étatique, cette possibilité d'ester en justice au niveau international, en matière de droits de l'Homme[3], voire de manière très indirecte en droit international pénal[4].
La particularité de l'arbitrage international d'investissement est de rassembler un Etat et un investisseur de nationalités différentes devant un même prétoire. Les opposants à ce type de règlement des différends voient d'un mauvais œil l'usage de cette justice privée et ne comprennent pas pourquoi l'investisseur se soustrait à la justice étatique. Il est nécessaire de prendre en compte le fait que l'investisseur redoutera le manque d'impartialité des tribunaux de l'Etat hôte de l'investissement[5]. A l'inverse, jamais l'Etat hôte n'acceptera de se soumettre aux juridictions de la nationalité de l'investisseur[6].

La création du CIRDI[7], institution internationale de référence, et centre d'accueil privilégié pour ce type de litige depuis la signature de la Convention de Washington en 1965, est un pas en avant, car c'est désormais le lieu de référence des arbitrages internationaux d'investissements, mêmes si d'autres procédures dites « ad hoc », existent toujours.
L'inclusion de l'arbitrage n'est pas propre aux nouveaux accords de libre-échange déjà en vigueur ou ceux qui sont en cours de négociations. En effet, déjà dans l'ALENA[8], était proposé une offre d'arbitrage à destination des investisseurs [9] et, déjà, ce système était controversé[10]. L'objet de cet article n'est pas de prendre position sur le bien-fondé et sur la légitimité de l'inclusion d'un tel mécanisme au sein de traités internationaux. Mais il est étonnant d'observer certains Etats membres de l'UE fustiger l'arbitrage international d'investissement dans l'AECG alors qu'ils sont eux-mêmes signataires de Traité d'Investissement Bilatéraux (TBI) où le règlement des différends a lieu grâce à ce mécanisme.

2. Contenu de l'arbitrage dans « l'Accord économique et commercial global «

Tout le contenu de l'arbitrage ne peut être évoqué au sein d'un article aussi succinct. Quelques questions retiendront notre attention. La première est celle de la compétence des arbitres (a) à trancher d'un litige sur le fond du traité. Ensuite, doit être déterminée la Partie défenderesse au litige (b), mais également à la constitution du tribunal arbitral (c). Enfin, le régime juridique des procédures connexes (d) retiendra notre attention, car le traité aménage cette difficile question.

a. L'étendue de la compétence des arbitres

Le champ de l'arbitrage est délimité[11] puisque sont concernés les litiges concernant le traitement non discriminatoire (traitement national et clause de la nation la plus favorisée notamment) et la protection de l'investissement (traitement juste et équitable, la compensation pour perte, et l'expropriation notamment). Par conséquent, les litiges relatifs à l'établissement de l'investissement sur le territoire de l'Etat hôte ne sont pas dans le champ de compétence des arbitres.

1 - TAUBE M. A., Les origines de l'arbitrage international, Antiquité et Moyen-Age, in Recueil de cours – Académie de Droit International de La Haye, Ed. Sirey, Paris, 1933, p.5
2 - Voir Article 34§1 du Statut de la Cour international de justice ; voir également l'article 3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (seuls les Etats sont admis à se présenter devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce
3 - Voir Article 34 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
4 - Voir Article 13, c) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Une personne physique peut informer le Procureur de l'existence d'un crime rentrant dans le champ de compétence de la Cour, et tenter de persuader le Procureur d'ouvrir une enquête
5 - DOLZER R., SCHREUER R., Principles of international investment law, 2nd edition, Oxford University Press, 2012, p.235
6 - De plus, il pourrait user de son immunité, en ce sens, voir DOLZER R., SCHREUER R., Principles of international investment law, 2nd edition, Oxford University Press, 2012, p.235
7 - Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, institution sous l'égide de la Banque mondiale
8 - Accord de Libre-Echange Nord-Américain, signé le 17 décembre 1992 et entré en vigueur le 1er janvier 1994, entre le Canada, les Etats-Unis d'Amérique, et le Mexique
9 - Voir le chapitre 11 sur l'investissement, section B qui s'intitule « Settlement of Disputes between a Party and an Investor of Another Party », dont l'article 1122 est relatif au consentement à l'arbitrage
10 - FOLSOM R. H., Accord de libre-échange nord-américain, Ed. Pedone, Paris, 2004, p. 92
11 - Article X.17 de l'Accord économique et commercial global, dans sa version consolidée au 26 septembre 2014

La clause de limitation des avantages[12], clause qui a pour effet, en cas d'invocation valable par l'Etat, de priver l'investisseur de la jouissance de certaines dispositions d'un traité d'investissement, concerne le chapitre X sur l'investissement. Or, le règlement des différends entre Etat et investisseur, se situe à la section 6 du chapitre X. Par conséquent, les rédacteurs ont prévu que le tribunal arbitral ne peut être compétent si un Etat exerce valablement la clause de limitation des avantages. Ceci tranche notamment avec le Traité sur la Charte de l'Energie[13], mais se rapproche de la rédaction du CAFTA-DR[14].
L'accès au tribunal arbitral est refusé expressément en cas d'abus de procédure[15]. Ce point a posé, et pose toujours, beaucoup de problèmes dans le domaine de l'arbitrage d'investissement, notamment en cas de « treaty-shopping » par des investisseurs étrangers, ou de demandes menées par des actionnaires lointains[16]. Cependant, aucune précision n'est fournie sur les occurrences pouvant être qualifiées d'abus de procédure, alors que celles-ci sont diverses et que leur admission en droit international des investissements est variable[17].
Comme fréquemment en la matière, une période de consultations précontentieuses doit être respectée par les parties, celles-ci devant se tenir à Ottawa ou à Bruxelles[18], ou dans la capitale de l'Etat dont la mesure contestée est exclusivement la sienne[19], centralisant ainsi le lieu des procédures et pouvant diminuer les frais.

b. La détermination de la Partie défenderesse

Si le litige ne peut être résolu entre les parties dans les 90 jours après la soumission de la requête à l'arbitrage, il est prévu que l'investisseur adresse à l'Union européenne un avis requérant la détermination du défendeur[20]. C'est à l'Union européenne de répondre et d'indiquer à l'investisseur qui sera le défendeur lors de l'instance arbitrale. Si dans les 50 jours suivants l'avis (sans préciser si c'est l'envoi ou la réception qui fait office de point de départ), l'investisseur n'a pas été informé de la désignation, alors celle-ci se fera automatiquement en fonction des mesures litigieuses. Si les mesures litigieuses sont exclusivement adoptées par un Etat membre, alors celui-ci sera le défendeur. Dans l'éventualité où l'avis comporte des mesures de l'Union, alors cette dernière sera défendeur. Il est d'ailleurs impossible, lorsque l'Union ou un Etat membre agit comme la Partie visée, de contester l'admissibilité de la demande au motif que le défendeur n'a pas été déterminé de manière appropriée, conformément à la méthode décrite ci-dessus. L'objectif, ici, est de ne pas freiner la procédure arbitrale sur cette question. En effet, étant donné la difficulté de ce type de procédure, de la complexité des affaires et des questions juridiques soulevées, tout point qui pourrait retarder la résolution du litige tend à être évité. Par ailleurs, le tribunal est lié par cette désignation entre Etat membre et Union. En revanche, l'investisseur peut contester cette désignation.
La rédaction de cet article nécessite de préciser ce qui est entendu par « mesures exclusivement adoptées par un Etat membre ». On peut supposer que cela concernerait le cas où une mesure est issue de l'initiative propre d'un des Etats membres, et que l'Union n'est aucunement intervenue. Se pose la question des mesures de l'Union, qui ne sont pas applicables directement à l'investisseur, mais que l'Etat membre doit transposer, telles que les directives. La transposition est une obligation pour l'Etat au regard du droit de l'Union. On peut alors estimer que ces mesures ne sont pas « exclusivement adoptées par un Etat membre ». Par conséquent, dans une telle hypothèse, l'Union se désignerait défendeur.

c. Constitution du tribunal arbitral

Les règles d'arbitrage disponibles pour les parties sont la Convention CIRDI, le Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou tout autre règlement d'arbitrage, lorsque les parties au différend le décident conjointement[21]. Ici rien n'est particulièrement innovant.
En raison des coûts très élevés d'une procédure d'arbitrage, en règle générale seuls les investisseurs les plus puissants ont accès au prétoire des arbitres. Le présent traité a tenu à élargir son champ d'application en incluant les petites et moyennes entreprises et les litiges pour lesquels l'indemnisation, ou les dommages-intérêts, sont relativement bas. A cet effet, un tel investisseur peut demander à ce qu'un seul arbitre entende la demande, au lieu de trois, la Partie visée devant examiner la demande avec « bienveillance » [22].
Concernant la constitution du tribunal[23], en cas d'impossibilité pour les parties de se mettre d'accord[24],

12 - Article X.15 de l'Accord économique et commercial global, dans sa version consolidée au 26 septembre 2014
13 - Signée le 17 décembre 1994, et entrée en vigueur le 16 avril 1998, V. Article 17 de la Charte sur la non-application de la partie III dans certaines circonstances
14 - The Dominican Republic – Central America – Free Trade Agreement, Article 10.12
15 - Article X.17 §5 de l'Accord économique et commercial global, dans sa version consolidée au 26 septembre 2014
16 - ASCENSIO H., Abuse of process in International Investment Arbitration, Chinese journal of international law, vol. 13 (4), 2015, p.766
17 - Pour une étude plus approfondie de la question, voir ASCENSIO H., Abuse of process in International Investment Arbitration, Chinese journal of international law, vol. 13 (4), 2015, pp. 763-785
18 - Ottawa, quand les consultations portent sur des mesures adoptées par le Canada ; Bruxelles, quand les consultations portent sur des mesures adoptées par l'Union européenne
19 - Article X. 18 de l'Accord économique et commercial global, dans sa version consolidée au 26 septembre 2014
20 - Article X. 20 de l'Accord économique et commercial global, dans sa version consolidée au 26 septembre 2014
21 - Article X.22 de l'Accord économique et commercial global, dans sa version consolidée au 26 septembre 2014
22 - Article X.22 § 10 de l'Accord économique et commercial global, dans sa version consolidée au 26 septembre 2014
23 - Article X.25 de l'Accord économique et commercial global, dans sa version consolidée au 26 septembre 2014
24 - Dans les 90 jours suivant la date à laquelle la plainte a été

le secrétaire général du CIRDI nomme les arbitres à partir d'une liste établie par le Comité des services et de l'investissement. Cette liste doit comporter au minimum quinze noms, regroupant des personnes spécialisées en droit international public, particulièrement en droit international des investissements. L'établissement de cette liste est très intéressant, car cela participe à une certaine uniformisation de la jurisprudence qui sera relative à ce traité. Certes, ces personnes seront choisies seulement si les parties ne sont pas d'accord. Pour autant, à chaque fois que ceci se produira, ce seront ces mêmes personnes qui interpréteront les dispositions relatives à l'investissement, et l'on peut espérer que, même si chaque tribunal n'est pas lié par les conclusions d'un autre tribunal, une certaine harmonisation ait lieu entre les décisions. En effet, la notion de précédent en droit international, et en droit international des investissements, est plus que débattue[25]. Il faut relever que de manière générale, en droit international des investissements, les tribunaux arbitraux interprètent des traités différents, dont les rédactions ne sont pas les mêmes. Ici les arbitres devront interpréter un seul et même traité, les espoirs sont permis pour une uniformité des décisions, malgré la complexité de la tâche.
Cela serait souhaitable pour la sécurité juridique et pour la prévisibilité du droit. En outre, un certain lien avec l'Organe d'Appel de l'OMC peut être fait dans la mesure où y a été institué un panel de juges qui se répartissent les affaires et dont la collégialité a permis l'établissement d'une véritable jurisprudence.

d. Les procédures connexes

C'est également une question délicate de l'arbitrage d'investissement. Les tribunaux arbitraux sont indépendants les uns des autres, et aucune hiérarchie n'existe entre deux tribunaux. Les arbitres ne peuvent pas, quand le traité ou le contrat par lequel il fonde leur compétence ne le prévoit pas, sans accord des parties, suspendre une instance dans l'attente de la résolution d'une autre. Cela pose un problème lorsque le même investisseur, grâce à des montages juridiques complexes, engage plusieurs arbitrages différents, via des sociétés différentes, sur le fondement de traités différents. Les affaires Lauder c. République Tchèque[26] et CMS c. République Tchèque[27] sont d'ailleurs symptomatiques de cette pratique. En l'espèce, l'AECG propose des solutions[28]. Lorsque des plaintes sont présentées en vertu de ce traité et d'un autre accord international, et s'il y a possibilité de chevauchement des indemnisations, ou qu'il est possible que l'autre plainte internationale ait une incidence importante sur le règlement de la plainte déposée en vertu de ce traité, alors, le tribunal constitué en vertu de ce traité, doit[29] suspendre l'instance, ou alors veiller à ce que l'instance engagée en vertu d'un autre accord international soit prise en considération dans sa décision, son ordonnance ou sa sentence. L'article ne précise pas la méthode à suivre par les arbitres afin d'identifier la similitude entre les plaintes. Néanmoins, il possible de prendre en considération l'identité des parties, l'objet de demande, les faits, comme critères pouvant donner lieu à une suspension de l'instance.

A la lecture de l'AECG, la partie sur l'arbitrage est donc dans la lignée des traités déjà en vigueur, bilatéraux ou plurilatéraux. Bien évidemment, cette partie inclut certains choix des négociateurs, comme la volonté de rendre accessible la protection des investissements au plus grand nombre. Dans le même temps, nous avons vu que certains points sont particulièrement innovants, expliquées par la répartition des compétences entre l'UE et ses Etats membres.
En tout état de cause, la rédaction de l'AECG est un avant-goût du traité qui est actuellement négocié entre les Etats-Unis et l'Union européenne, dont l'impact économique sera plus conséquent.
Est notable l'absence d'information précise aux populations, qui seront pourtant parmi les premières concernées par la conclusion d'un traité d'une telle ampleur. A cet égard, les responsables politiques ont un devoir d'explication qu'ils doivent remplir.

Vincent BASSANI,
Diplômé du Master 2 Droit international économique (Parcours Recherche), Université Paris I Panthéon - Sorbonne

soumise à l'arbitrage
25 - Sur la question voir CRAWFORD J., Similarity of Issues in Disputes Arising under the Same or Similarly Drafted Investment Treaties, in GAILLARD E., BANIFETAMI Y. (eds.), The Precedent in International Arbitration, IAI, Paris, 2008, pp.97-103
26 - Sentence du 3 septembre 2001, Comité ad hoc, Règlement d'arbitrage CNUDCI
27 - Sentence partielle du 13 septembre 2001, Comité ad hoc, Règlement d'arbitrage CNUDCI
28 - Article X. 23 de l'Accord économique et commercial global, dans sa version consolidée au 26 septembre 2014
29 - Dès que possible après avoir entendu les parties au différend

La place des fédérations sportives et de l'AFLD[1] dans la lutte contre le dopage

8 juillet 1998, 5h30 du matin, au détour d'une route de campagne non loin de la frontière franco-belge, la douane française appréhende Willy Voet, soigneur de l'équipe cycliste Festina. À bord de sa voiture, plus de 500 flacons de produits dopants sont découverts. L'affaire, révélée à 3 jours du départ du Tour de France aura un effet majeur sur le public. Au-delà de la crise de confiance des spectateurs dans les performances cyclistes, le mouvement sportif international sera secoué par les révélations. Un an plus tard, sous l'égide du Comité International Olympique (CIO) sera fondée l'Agence Mondiale Antidopage (AMA) qui a pour but d'harmoniser l'ensemble des pratiques antidopage. L'affaire Festina fait entrer la lutte contre le dopage dans sa phase moderne.

Aujourd'hui, la lutte contre le dopage est devenue, au côté du droit des affaires, un aspect majeur du droit du sport. Ainsi, l'étude du droit des sanctions en matière de dopage révèle un ensemble de procédures complexes, du fait des nombreux acteurs qui agissent dans ce domaine mais également des procédures en elles-mêmes. Les procédures de sanctions dépendent de plusieurs acteurs à l'échelon national et international :
- l'organisation nationale antidopage (ONAD), qui est l'AFLD dans le cas de la France, pour l'ensemble des athlètes présents sur le territoire national hors période de compétition mais également lors des compétitions à caractère national,
- les fédérations internationales à l'égard des licenciés de leurs fédérations ou lors des compétitions internationales, c'est-à-dire des compétitions organisées par elle ou sous leur égide,
- le Comité International Olympique, lors des jeux olympiques et des compétitions associées,
- l'Agence Mondiale Antidopage, dans son groupe cible, hors des compétitions sur l'ensemble du globe.

Ces instances ne peuvent pas intervenir de manière simultanée. Ainsi, l'AFLD doit se retirer au profit des instances internationales lors des compétitions internationales. Ce retrait peut apparaître comme parfois excessif tant les périodes définies comme internationales sont nombreuses[2]. Il convient néanmoins de noter que les fédérations peuvent autoriser des contrôles additionnels pendant cette période à l'AFLD.

Dans un souci de clarté, nous n'évoquerons que le cas où les contrôles sont effectués par l'AFLD dans le cadre de ces missions principales. Ainsi, on exclura les contrôles diligentés par les fédérations internationales, le CIO et l'AMA, quand bien même l'AFLD peut procéder à des tests en qualité de prestataire de service au profit d'un de ces acteurs internationaux (12,7% des analyses réalisées par l'AFLD en 2012). De même, on exclura le cas où une fédération nationale procède à une sanction suite à un contrôle opéré par une fédération internationale. En effet, dans ce cas, le contentieux qui en résulte dépend du juge judiciaire. Ainsi, le Conseil d'État a considéré que la fédération agissait alors comme une association et non comme un délégataire de service public et que par conséquent ses actes ne relevaient pas du juge administratif[3].

Dans le cas où l'AFLD aurait agi du fait de ses compétences principales, c'est-à-dire comme ONAD, dans le cadre d'une compétition nationale ou à l'égard d'un sportif présent sur le territoire les procédures de sanction mises en œuvre font intervenir à la fois la fédération concernée par le sportif, et possiblement l'AFLD en tant qu'organe de sanction. Il nous apparaît nécessaire d'étudier dans un premier temps cette procédure, en analysant les conflits d'intérêts qui peuvent en découler avant d'identifier les éléments de renouveau qui sont suggérés à la fois par la doctrine mais aussi par les travaux parlementaires récents[4].

I. Un processus de sanction du dopage imparfait

Le processus de sanction des manquements aux règles relatives au dopage se distingue à la fois par sa complexité (A) mais aussi par les sources de conflit d'intérêts qu'il induit (B).

A. Une procédure complexe et longue

Dans le cas où un échantillon est apparu comme positif à l'issue d'une analyse effectuée par l'AFLD, les résultats qui en découlent sont transmis à la fédération nationale déléguée compétente[5]. Celle-ci comporte en son sein, conformément au Code du sport, un organe disciplinaire de première instance et son pendant en appel. Après une procédure disciplinaire, prévue par ce même code et qui se fonde sur le principe du contradictoire, une sanction peut être prononcée et éventuellement revue en appel. Cette décision, émanant d'un organisme assurant une mission de service public, est susceptible d'un recours devant le Tribunal administratif, puis la Cour administrative d'appel et enfin le Conseil d'État.

1 - Agence Française de Lutte contre le Dopage

2 - HUMBERT (J.-F), LOZACH (J.-J.), Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'efficacité de la lutte contre le dopage, Doc. Parl. S., N°782, Session extraordinaire 2012-2013, p. 129

3 - CE, 19 mars 2010, Chotard, n°318549 ; note COLIN (F.), « L'impossible bloc de compétence contentieux en matière de sanctions sportives », Les Cahiers de droit du sport, 2010, n°20, p. 45

4 - HUMBERT (J.-F), LOZACH (J.-J.), Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'efficacité de la lutte contre le dopage, Doc. Parl. S., N°782, Session extraordinaire 2012-2013

5 - Il existe deux types de fédérations en France, celles qui disposent d'une délégation de l'État et d'un monopole d'organisation et de sanction et les fédérations agréées qui peuvent, sur autorisation d'une fédération déléguée, organiser des compétitions. On peut citer comme fédération déléguée l'Union Nationale du Sport Scolaire (UNSS) ou bien encore la Fédération Française de Sport Universitaire (FFSU). Dans le cas d'un contrôle positif, c'est la fédération qui a délégué son pouvoir d'organisation qui sera responsable de la procédure disciplinaire

Seulement, au stade du rendu de la décision par la fédération, que ce soit en première instance ou en appel, les décisions sont transmises automatiquement au collège de l'AFLD. Or, celui-ci peut s'auto-saisir d'une procédure de révision visant à moduler la sanction prononcée, que ce soit de manière positive ou négative pour le sportif. Cette décision de l'AFLD est alors contestable devant le Conseil d'État, étant entendu que celui-ci est compétent à l'égard des actes émanant d'une Autorité administrative indépendante comme l'est l'AFLD.

Cette procédure, ou plutôt faudrait-il dire cette double procédure selon que l'AFLD intervienne ou pas, est marquante à deux égards. En premier lieu, elle est relativement longue. Ainsi, un sportif peut-être conduit à agir devant cinq organes différents avant d'obtenir une décision quasi définitive, compte-tenu des recours encore possible devant le Conseil constitutionnel et la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Il apparaît clair que, compte tenu de la relative brièveté de la carrière d'un sportif, la longueur d'un tel parcours de procédure soit dérangeante. En second lieu, et c'est ce qui fera l'objet de la suite de notre étude, il apparaît qu'une telle procédure est sujette à plusieurs types de conflit d'intérêts.

B. Une procédure source de conflits d'intérêts

Si l'on s'en tient dans un premier temps au rôle de sanction des fédérations sportives, il apparaît évident que l'on peut y déceler des risques, quelle que soit la taille de la fédération en cause. En effet, dans les fédérations de petite taille, l'on peut craindre un phénomène d'entre-soi. Ce phénomène n'est pas propre au sport et, plus généralement, est un argument classique que l'on peut opposer aux procédures disciplinaires ayant lieu dans un milieu restreint. Le second argument, qui tend à soulever la question des conflits d'intérêts, c'est l'ambivalence qu'il y a pour une fédération à sanctionner un athlète qui représente un potentiel de médaille pour elle. Il ne s'agit pas ici de dire que les fédérations n'ont pas intérêt à cette sanction, puisqu'une inaction porterait atteinte à la légitimité de la discipline sportive. Néanmoins, il apparaît clairement qu'il existe des intérêts contradictoires au sein d'une même fédération.

Ces aspects devraient, normalement, être annihilés par la capacité d'invocation dont dispose le collège de l'AFLD à l'égard des décisions des fédérations qu'il estime ne pas être conforme à l'harmonisation qu'il opère. Seulement, d'un point de vue beaucoup plus procédural, il faut relever deux critiques à l'égard de cette procédure devant l'AFLD. En premier lieu, l'on peut reprocher à l'AFLD de disposer d'un collège unique qui est à la fois en charge de la définition des orientations en matière de politique de lutte contre le dopage, de l'établissement de la liste des sportifs soumis à une obligation d'information sur leur localisation mais aussi du pouvoir de sanction. Ainsi, cet organe est en mesure de contraindre un sportif à un régime spécifique de localisation, dont on peut supposer qu'il se base à la fois sur ses performances passées et leur potentiel irrégularité, et par la suite de le sanctionner.
Le second aspect qui apparaît comme discutable dans la procédure suivie devant l'AFLD est la capacité, pour ce même collège de se saisir d'une sanction prononcée pour la réexaminer lui-même. En effet, cela revient à autoriser un organe à apprécier la validité d'une décision tout en affirmant que ce même organe n'aura pas de préjuger - au sens juridique. On peut penser qu'il y a là une atteinte au principe d'impartialité défendu par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Ce n'est pas, pour l'heure, la position du Conseil d'État qui n'a pas manqué de rappeler, dans son arrêt du 9 novembre 2011 M. Alexandre A,[6] qu'il n'y avait pas de violations dans le domaine. Pour notre part, ce n'est pas l'interprétation que nous en faisons. En effet, il nous apparaît que considérer une sanction trop légère ou trop lourde, quand bien même l'on se base sur les faits établis par une fédération, revient à préjuger l'affaire.

Face aux imperfections de ce système, et à la nécessité de lutter plus efficacement contre le dopage, il nous apparaît donc nécessaire de revoir les rôles respectifs de l'AFLD et des fédérations dans la lutte contre le dopage.

II. Repenser la lutte contre le dopage pour la rendre plus transparente et plus efficace

Comme nous venons de le voir, il est possible de soulever plusieurs griefs à l'encontre des procédures de sanctions : lenteurs, risque de conflit d'intérêts au sein des fédérations, confusion des missions au sein du collège de l'AFLD. Cela nous conduira donc à une nouvelle procédure en matière de sanction (A), qui ne saurait se passer d'un renouveau de la prévention du dopage (B).

A. Une procédure de sanction unique, sous l'égide de l'AFLD

Le rôle joué par l'AFLD au plan national et mondial n'est plus à prouver, tant l'agence française a pu faire figure de laboratoire de référence dans la période récente. Aussi, il apparaît normal de continuer à lui confier un rôle prédominant dans la sanction des comportements dopants des sportifs. A cet égard, comme le fait le rapport Humbert-Lozach précédemment cité, il apparaît naturel de lui confier dès la première instance le pouvoir de sanction[7]. Néanmoins, pour se conformer au principe de différenciation des organes de sanctions des autres organes, il apparaît nécessaire de créer un comité de sanctions ad hoc au sein

6 - Note : CE, 9 novembre 2011, n°341658, M. Alexandre A, note, COLIN (F.), « La faculté d'auto-saisine de l'AFLD en matière de réformation des décisions de sanction des fédérations sportives ne porte pas atteinte aux principes du procès équitable », Les Cahiers de droit du sport, 2011, n°26, p. 148
7 - Proposition n°41

de l'institution comme le préconise le rapport[8]. Il s'agirait alors d'assurer l'impartialité totale de l'organe en cause du reste de l'Agence qui détermine par ailleurs une politique de ciblage des contrôles. Cela permettrait de lever l'ensemble des soupçons à l'égard des fédérations, mais également à l'égard de l'institution que représente l'AFLD. On retrouve une proposition du même ordre dans ce rapport, pour les contrôles internationaux[9].

B. Une nouvelle vision du rôle de prévention des fédérations

Si le dopage est destiné à améliorer la performance de l'athlète, il résulte parfois d'un ensemble de pressions extérieures. Ainsi, le dopage est également l'affaire des entraineurs, personnels médicaux, entourage. Le dopage se doit donc d'être perçu comme un phénomène d'ensemble. Parmi les préconisations du rapport Humbert-Lozach figure la possibilité de sanctionner une équipe dont plusieurs membres seraient sanctionnés suite à un contrôle positif. On reconnaîtrait donc une responsabilité collective à l'égard de la structure dès lors que des faits de dopage sont rendus possibles mais également nécessaires.

Il s'agit ici de défendre l'idée que le dopage peut-être la résultante des contraintes imposées par un club, une équipe professionnelle, une structure d'entraînement. Sur le terrain du droit, il s'agit de voir s'il n'existe pas une forme d'incitation dans le comportement que peuvent avoir les encadrants du milieu sportif. A titre d'exemple, l'on peut citer le cas de l'équipe cycliste professionnelle Astana qui, pour conserver sa licence Pro Tour[10] s'est vue astreinte à un contrôle opéré par l'Institut des sciences du sport de l'Université de Lausanne (ISSUL) sur ses méthodes d'entraînements et leurs effets incitatifs en matière de dopage, à la demande de l'Union Cycliste Internationale (UCI).

Il apparaît aujourd'hui qu'un tel dispositif, à la charge des fédérations doit se mettre en place. En effet, il faut pouvoir identifier les structures sportives qui, de par des exigences particulières, induiraient un milieu propice au développement du dopage. Le dopage ne doit plus être perçu uniquement comme le fait du sportif mais comme la résultante de plusieurs éléments, qui doivent tous être identifiés et traités.

Benjamin MITTET-BRÊME
Etudiant du Master II Juriste Conseil des Collectivités territoriales, Université Paris 2 Panthéon Assas
Diplômé du Master II Droit Public Approfondi, Université Paris - Sud, COMUE Paris - Saclay

8 - Proposition n°49
9 - Proposition n°42
10 - Licence permettant de participer aux plus grandes épreuves cyclistes mondiales